

in segno d'alta stima
l'a.

56

« JUS DEDUCTIONIS »

E

« CONDEMNATIO CUM DEDUCTIONE »

NELL' « ACTIO DE PECULIO »

MEMORIA

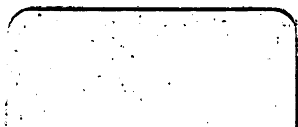
DI

SIRO SOLAZZI
Professore nell'Università di Macerata



NAPOLI
STAB. TIP. LUIGI PIERRO E FIGLIO
Via Roma 402
1905


VE RI
TAS



« JUS DEDUCTIONIS »

E

« CONDEMNATIO CUM DEDUCTIONE »

NELL' « ACTIO DE PECULIO »

MEMORIA

DI

SIRO SOLAZZI

Professore nell'Università di Macerata



NAPOLI

STAB. TIP. LUIGI PIERRO E FIGLIO

Via Roma 402

1905

Estratto dagli Studi in onore di Carlo Fadda

Il principio di diritto materiale, che mi ha ispirato le osservazioni brevemente esposte in queste pagine, è quanto mai semplice e chiaro.

Il compratore dello schiavo aveva l' actio de peculio annalis contro il venditore per le obbligazioni verso di lui assunte dal servo prima della vendita (1); ma Giuliano esigeva che egli detraesse dall'ammontare del credito il valore del peculio « quod apud se habet » (2).

Facile riesce anche la giustificazione del precetto giulianeo. Evvi perfetta corrispondenza tra il diritto del compratore, allorchè esso è convenuto da un altro creditore, e l'obbligo suo, quando è lui che agisce contro il venditore. Chiamato in giudizio da un terzo, egli ha diritto di dedurre il suo credito dal peculio, cioè ha diritto di soddisfarsi per primo sul peculio stesso: agendo alla sua volta contro il venditore,

(1) Cfr. l. 11 § 8 D. 15.1.

(2) l. 27 § 6 D. 15.1.—GAIUS *l. 9 ad edictum provinciale:* « In venditorem autem dumtaxat intra annum post redemptionem numerandum de eo, quod adhuc alieno crediderim, dandam esse mihi actionem existimat (sc. Julianus; cfr. § 4 eod.) deducto eo, quod apud me peculii servus habebit ».

l. 47 § 4 D. 15.1. — PAULUS *l. 4 ad Plautium :* « Non tantum autem quivis creditor cum venditore ex ante gesto agere potest, sed et ipse emptor, idque et Juliano videtur, quamvis et deducere ipse potest adversus alium agentem, dum tamen id, quod apud se habet, computet ».

egli non può reclamare da costui che il residuo, perchè anzitutto deve pagarsi col peculio che è nelle sue mani. La regola è degna dell'alta mente di Giuliano: soddisfa all'equità meglio intesa, e risponde alla logica più rigorosa, come quella che poggia sullo stesso fondamento della deductio accordata al domino convenuto con l'actio de peculio. Non si spiega forse il ius deductionis con la elegante osservazione di Pedio, che « non est verisimile dominum id concedere servo in peculium habere, quod sibi debetur » (1), rincalzata dall'altro motivo « quia praevenisse dominus et cum servo suo egisse creditur » (2), o più semplicemente perchè si ritiene « quasi sibi eum solvere, cum quis agere de peculio conabitur » (3)? Ebbene, se queste ragioni son giuste, per tali si devono avere in ogni caso (4). Anche il compratore, che pretende il pagamento del suo credito dal venditore, si deve considerare abbia avocato a sè il peculio del servo e si sia soddisfatto con esso sino a concorrenza del suo valore (5).

La stessa norma vige anche nei rapporti tra usufruttuario e proprietario del servo, come si può argomentare, almeno in parte, dalla l. 19 § 2 D. 15.1 (6), la quale, perchè sia

(1) l. 9 § 4 D. 15.1.

(2) l. 9 § 2 eod.; cfr. anche l. 9 § 5.

(3) l. 9 § 4 cit. Cfr. STEFANO sch. 74 in ZACHARIAE, *Supplementum* p. 214 « emtor adversus venditorem de peculio intra annum nimirum agere potest, tamen deducit peculium apud se acquisitum, *quasi sibi ipse solvens* ».

(4) Cfr. nondimeno sul loro valore dommatico MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht* II p. 394 sgg. PERNICE, *Labeo* I p. 130 sgg. KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.* II p. 1146 n. 3.

(5) Che su questa base stia saldo il principio giulianeo, appare anche dall' erronea applicazione che altri pensava di poterne fare, e dalla confutazione di Africano nella l. 38 § 3 D. 15.1.

(6) ULPIANUS *l. 29 ad edictum:* Interdum et ipsi fructuario ad-

proponibile l'azione del fructuarius contro il dominus, suppone che lo schiavo abbia presso il proprietario un peculio e presso l'usufruttuario « aut nihil aut minus quam fructuario debetur ». Se dunque l'usufruttuario ha nel peculio un valore pari all' ammontare del credito, non è ammesso ad agire contro il domino. Se il valore del peculio sia inferiore alla somma dovuta dallo schiavo, l' usufruttuario ha certamente azione contro il proprietario; ma potrà egli pretendere il pagamento dell' intero debito? A mio giudizio, è sicuro che qui ricorrono le stesse ragioni di decidere, come nel caso del compratore agente contro il venditore. L' usufruttuario dovrà intentare l' actio de peculio « deducto eo, quod apud eum peculii servus habebit » (1).

Se l' esegesi della l. 37 § 3 D. 15.1 non fosse resa difficile dalle alterazioni che il testo ha certamente subìto, ogni dubbio sarebbe tolto dalla fine di questo frammento:

JULIANUS *l. 12 Digestorum*: «...dari itaque debebit actio ei adversus dominum proprietatis deducto eo, quod servus peculii nomine apud fructuarium habet ».

Io ritengo che qui si alluda all'actio de peculio dell'usufruttuario contro il proprietario, malgrado che il pronome « ei » e il contesto del passo possano far credere altrimenti: ciò è provato, a parer mio, dalla deductio imposta all'attore, che sarebbe inesplicabile, se questi dovesse essere un creditore diverso dall'usufruttuario. Ma, poichè la mia asserzione avrebbe bisogno di essere dimostrata, e non potrei farlo che a prezzo di una lunga digressione, e d'altra parte è contestata la genuinità della l. 37 § 3, (2), io rinuncio a va-

versus dominum datur actio de peculio, ut puta si apud eum habeat peculium, apud ipsum vero aut nihil aut minus, quam fructuario debetur. Idem etiam contra eveniet ».

(1) Cfr. anche SALKOWSKI, *Zur Lehre vom Sklavenerwerb* p. 229.

(2) La garanzia della classicità del principio, secondo me con-

lermi di questo passo (1) e prescindo addirittura dal caso dell'usufruttuario, bastando ai fini della mia indagine, che l'obbligo della deductio peculii sia stabilito sicuramente riguardo al compratore.

***

È appunto il precetto sancito nelle ll. 27 § 6 e 47 § 4 D. 15.1 che solleva un problema di diritto processuale, non saprei dire se più difficile o più elegante.

Il compratore, che intenta l'actio annalis contro il venditore, non solo non può far condannare il convenuto ad una somma maggiore dell' ammontare dei beni ex-peculiari, ma deve detrarre dal suo credito il valore del peculio che lo schiavo avesse presso di lui. Come potrà ora il giudice, investito del giudizio sull' actio annalis, tener conto del peculio appartenente all'attore? Egli ha dalla formula la missione di condannare il convenuto « dumtaxat de peculio », ed è quindi chiamato a valutare soltanto il peculio che fa parte del patrimonio del convenuto. È bensì vero che, senza che

tenuto nell'ultima parte della l. 37 § 3, sta nella l. 19 § 2 cit. e nel fatto che il frammento appartiene a Giuliano. Invero la l. 19 § 2 insegna esplicitamente che l' usufruttuario ha l' actio de peculio contro il proprietario, e implicitamente anche che l'azione è ammessa previa deduzione del peculio che si trova nelle sue mani. E poichè questa norma, nel caso analogo del compratore agente contro il venditore, ripete da Giuliano la sua introduzione, è ben naturale che anche l'applicazione al caso dell'usufruttuario ci appaia sotto l'egida del nome di Giuliano.

(1) La cui interpretazione, nel senso da me sostenuto, è corroborata anche dal fr. 38 dei Bas. XVIII 5, in cui si trova, per una curiosa trasposizione (cfr. ZACHARIAE, *Supplem.* p. 225, n. 139) la fine della l. 37 § 3, e dallo sch. 149 di Cirillo (ZACHARIAE, *Suppl.* p. 224).

occorra un'apposita menzione nella formula, il giudice detrae dal peculio l'ammontare dei crediti del padrone contro il proprio servo; ma è anche evidente che una profonda differenza separa la deduzione, di cui si tratta nelle ll. 27 § 6 e 47 § 4, dalla deduzione, di cui parlano moltissimi luoghi delle fonti, e che rappresenta una prerogativa del convenuto con l'actio de peculio (1).

Quest' altra specie di deduzione è inerente al concetto stesso di peculio:

« peculium deducto quod domino debetur accipitur » l. 1 § 2 D. 14.4).

« non videtur peculii quicquam esse, nisi si quid deducto eo, quod servus domino debuisset, reliquum fieret » (l. 16 D. 15.3).

Un elemento della definizione data da Tuberone, « quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet », è il « deducto inde si quid domino debetur » (l. 5 § 4 D. 15.1). Altrove Ulpiano giustifica la condictio indebiti, competente al venditore che ha trasferito il peculio senza pagarsi preventivamente dei suoi crediti, « quoniam non est in peculio quod domino debetur » (l. 11 § 7 D. 15.1).

Il giudice, che deve stimare il peculio, sa che « peculii aestimatio deducto quod domino debetur fit « (l. 1 pr. D. 14.4), che « deducto quod domino debetur computandum est » (l. 9 § 2 D. 15.1), che « hoc minus in peculio est, quod domino vel patri debetur » (l. 9 § 4 D. eod.); in conclusione egli deve attenersi alla norma lucidamente esposta da Gaio (IV. 73): « cum autem quaeritur, quantum in peculio sit, ante deducitur quod patri dominove quique in eius

(1) *Praerogativa deductionis* è chiamato il diritto del dominus dalla l. 11 D. 26, 7; *privilegium deductionis* dalle ll. 1 pr. e 5 § 7 D. 14, 4; *ius deductionis* dalla l. 14 § 1 D. 15. 1, e quest'ultimo nome abbiamo preferito di adottare nel titolo della nostra memoria.

potestate sit, a filio servove debetur, et quod superest, hoc solum peculium esse intellegitur » (1).

La formula, ordinando di condannare « de peculio », ha

(1) Non cito l' « ipso iure minutum esse peculium » della l. 30 pr. D. 19. 1, perchè è probabilmente interpolato. L'Eisele *Zeitschr. der Sav. St. f. Rechtsgesch.* XI p. 8 (cfr. anche Pernice *Labeo* II 1 p. 276 n. 3) reputa impossibile che Africano affermasse la diminuzione ipso iure del peculio dopo aver accordato al venditore un semplice diritto di ritenzione. Si potrebbe obbiettare che, non ostante sia ammesso il principio « impensae necessariae ipso iure minuunt dotem », la l. 5 pr. D. 25.1 riduce il diritto del marito, quando la dote consiste in *corpora*, alla *rerum detentatio*. Ma vuolsi osservare che lo stesso Ulpiano nella l. cit. finisce col riconoscere che in tal caso non si può parlare più di diminuzione ipso iure ; « ubi ergo admittimus deminutionem dotis ipso iure fieri ? ubi non sunt corpora, sed pecunia ». (Ciò però non s' accorda interamente con le parole precedenti, « non enim ipso iure corporum sed dotis fit deminutio », le quali escluderebbero soltanto una diminuzione ipso iure dei corpora, ma ammetterebbero sempre una diminuzione ipso iure della dote come universitas; cfr. anche l. 56 § 3 D. 23.3 « quod dicitur necessarias impensas ipso iure dotem minuere, non eo pertinet, ut, si forte fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis esse, sed, nisi impensa reddatur, aut pars fundi aut totus retineatur »). Ad appoggiare l' ipotesi dell' interpolazione giova sopratutto la circostanza che la frase « eo scilicet quod debitor meus ex causa condictionis sit factus », cioè l' esistenza d' un debito, non può costituire una giustificazione della diminuzione ipso iure, ma solamente della retentio. Infine vogliamo avvertire che la l. 30 pr. sarebbe l' unico passo che alla deductio attribuisca l'effetto di diminuire ipso iure il peculio (cfr. nondimeno l. 4 § 3 D. 15.1 « saepe fit, ut ignorante domino incipiat *minui* servi peculium ecc. ») perchè la l. 8 pr. D, 33.8, che parla di una detrazione ipso iure, concerne il legato del peculio, per cui vale un principio particolare (cfr. infatti la l. 4 § 5 D. 15.1), che cioè i debiti verso il

detto tutto; il giudice conosce l'operazione che si richiede da lui, quali poste deve sommare, quali sottrarre, per determinare il limite massimo della condanna.

Niente di simile si riscontra invece nella deduzione cui è obbligato l'attore (1). Mentre la formula ordina di condannare il venditore convenuto nella misura del peculio che è presso di lui, ed il giudice non fa che desumere dal diritto obiettivo che cosa sia il peculio, quali beni vi siano compresi e così via, neppur l' ombra d' un accenno contiene la formula normale al peculio del compratore attore. Donde trarrà allora il giudice il potere di sottrarre dal credito dell' attore l' ammontare del peculio a lui appartenente, per poi

dominus diminuiscono pro rata i « singula corpora » (cfr. MANDRY *op. cit.* II p. 192 sgg., p. 397).

Se pertanto non ci è lecito argomentare dalla l. 30 pr. cit., possiamo però rinviare chi desiderasse una prova ulteriore del modo di sentire romano circa la deductio alle ll. 6 § 1 e 10 D. 33.8, che trattano del legatum peculii: i nostri giureconsulti erano così abituati a considerare il peculio al netto, che il legato di un peculio « non deducto aere alieno » sembra loro qualche cosa di inconcepibile.

(1) Parrà forse che io insista, più che non sia necessario, sulla differenza fra la deductio, cui è obbligato il compratore attore, e la deductio, cui è autorizzato il pater familias convenuto. Ma vi sono indotto dalla necessità di prevenire un equivoco.

Poichè ritengo che l' azione del compratore contenesse una « condemnatio cum deductione », non voglio che mi si accusi di riprodurre un' opinione già sfatata. Il DIETZEL, *Jahrbuch des gem. deutsch. Rechts* III p. 29 ha infatti sostenuto che la deductio nell' actio de peculio e la deductio del bonorum emptor fossero la stessa cosa. La tesi, affacciata dal DIETZEL proprio per il diritto che il convenuto ha di detrarre i suoi crediti dal peculio, è manifestamente un errore (contro anche MENGE, *De actione de peculio servorum* Berolini 1868 p. 62); ma essa non ha nulla di comune con l' opinione che io enuncierò più avanti.

condannare il venditore alla differenza o anche ad una somma minore, secondo che permetteranno le forze del peculio in mano del venditore?

Mi pare d' aver posto chiaramente il problema di diritto processuale, cui alludevo dianzi.

Esempi di azioni, nelle quali la condanna ha luogo in una somma inferiore a quella cui ammonta il credito dell'attore, non sono ignoti al diritto romano, e Gaio li ricordava nei §§ 61-68 del libro quarto delle sue Istituzioni. Ma è anche certo che questo risultato, in tutte le azioni in cui si verifica, era reso possibile dalla formula.

Per l'actio de peculio abbiamo visto ora che il *dumtaxat de peculio* segnava il massimo della condanna (1). L'actio rei uxoriae lasciava in origine un campo quasi illimitato all'arbitrio del giudice, il quale dalla formula in bonum et aequum concepta traeva il potere di esaminare e vagliare con sapiente discrezione tutte le circostanze che accompagnavano lo scioglimento del matrimonio, la condotta reciproca dei coniugi, i bisogni della famiglia, ed era autorizzato a condannare il marito in quella porzione della dote che nel singolo caso gli fosse sembrato equo doversi restituire (2). Ed anche dopo che la giurisprudenza e la legislazione imperiale

(1) E così dicasi di altre *taxationes* (v. per questo nome applicato alla restrizione della condanna nella misura del peculio la l. 24 § 2 Dig. 19. 1), che possono essere apposte alla condemnatio: es. la condemnatio in id quod facere potest.

(2) Sulle retentiones propter mores e propter liberos, e sull'originario potere dell'arbiter rei uxoriae cfr. SOLAZZI, *La restituzione della dote* p. 224 sgg., 317 sgg. Pel carattere primitivo dell'azione v. lo stesso scritto p. 294 sgg., ed ora MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il dir. rom.* p. 18; ed in generale intorno ai poteri del giudice nelle actiones in bonum et aequum conceptae THOMAS, *Nouv. Revue hist. de droit francais et étranger* XXV p. 564 sgg.

ebbero fissate le cause e la quota delle retentiones, non fu necessario che la formula specificasse le pretese avversarie, perchè il « quod aequius melius erit » (1) conferiva sempre al giudice la facoltà di attuare la morum coercitio e le retentiones quae ad pecuniariam causam respiciunt.

Ugualmente la compensatio ex eadem causa nei giudizi di buona fede dipende dalla libertà dell' officium iudicis; se il giudice ammette la compensazione, è perchè la formula *ex fide bona* gliene dà il potere.

Tutti conoscono infine la formula dell' azione dell' argentarius e del bonorum emptor: quegli « ab initio compensatione facta minus intendit sibi dare oportere », questi « iubetur cum deductione agere ».

La conclusione cui si arriva è che, se il giudice non ha dalla formula l' incarico di dedurre dalla condanna da pronunciarsi a profitto del compratore l'ammontare del peculio a lui appartenente, non può fare questa sottrazione di sua iniziativa. Resta quindi a sapere quale modificazione subisse nel caso nostro la formula ordinaria dell' actio de peculio.

Se per risolvere una questione così delicata è necessario partire da dati positivi, non vi sono altri elementi all'infuori di quelli che ci offrono le ll. 27 § 6 e 47 § 4 citt. (2).

A me compratore si dovrà dare l' azione « deducto eo quod apud me peculii servus habebit » (27 § 6); il compra tore ha diritto di agire contro il venditore « dum tamen id quod apud se habet, computet » (47 § 4) (3). Mi pare per-

(1) O l' *ex fide bona*, se dovessero aver ragione coloro i qual sostengono che l'a. rei uxoriae è divenuta nell'editto adrianeo di buona fede. Contro LENEL, *Édit* II p. 21.

(2) Per il compratore, e la l. 37 § 3, dalla quale abbiamo però detto di voler fare astrazione, per l'usufruttuario.

(3) All'usufruttuario « dari debebit actio adversus dominum pro prietatis deducto eo, quod servus peculii nomine apud fructuarium habet » (37 § 3).

tanto verosimile che la formula rilasciata al compratore contro il venditore (1) dovesse portare una *condemnatio cum deductione*.

Questa congettura troverà probabilmente molti increduli, i quali mi obbietteranno che il giudice, sol che ricordi la definizione del peculio, non ha bisogno di alcuna istruzione nella formula per sapere che i crediti del pater familias vanno dedotti dal peculio, e che Gaio conosce soltanto la deductio del bonorum emptor (2). Peraltro nessuno di questi argomenti mi convince. Il giudice sa benissimo che i crediti del padrone verso lo schiavo diminuiscono il peculio, che egli deve computare per la stima della condanna; ma è questo il peculio del convenuto, non già dell'attore. Di più l'*intentio* si riporta alla persona dello schiavo contraente: « quidquid ob eam rem Stichum, si liber esset ex iure Quiritium, A° A° dare facere oporteret ex fide bona » — e ciò che Stico dovrebbe prestare è la somma totale del debito. Sulla base dell'intentio il venditore dovrebbe essere condannato nell'intero ammontare del credito; la condemnatio dumtaxat de peculio limita la sua responsabilità al peculio, ma non riduce la pretesa posta nell'intentio a ciò che rimane dopo aver dedotto dal credito il valore del peculio presso il compratore.

Al silenzio di Gaio non si deve attribuire alcun peso, perchè nulla prova che egli volesse dare l'enumerazione completa e tassativa di tutte le azioni in cui l'attore ottiene meno

(1) E rispettivamente all'usufruttuario contro il proprietario, o viceversa.

(2) Sono gli argomenti di cui si vale il MANDRY *op. cit.* II p. 388 sgg. per provare che la formula dell'actio de peculio non conteneva alcuna clausola speciale relativa alla deductio. E, per ciò che riguarda la deduzione dei crediti del convenuto, già il primo argomento, da me sopra sviluppato nel testo, è decisivo: ma qui versiamo in un'ipotesi ben diversa.

dell'ammontare del credito, e quindi di tutte le formule che contengono una condemnatio cum deductione; ma sopra tutto perchè nello spazio illeggibile tra i §§ 60 e 61 del libro IV (sono ben 48 linee corrispondenti alle pagg. 210 e 211 del palinsesto veronese) Gaio dovea trattare dell'actio de peculio, delle retentiones nell'azione dotale e del beneficium competentiae, come fa Giustiniano nei §§ 36-38 delle Istituzioni IV, 6 (1), ed è qui ch'egli avrebbe potuto menzionare l'actio de peculio cum deductione, se mai essa fosse esistita e se pure gli fosse sembrata meritevole di ricordo in un libro di carattere elementare.

Qualche autore, specialmente nei trattati sulla compensazione, in cui la deductio del bonorum emptor è largamente studiata, si pone il quesito se la formula cum deductione sia stata applicata fuori del concorso (2); ma anche chi ritiene che in una certa epoca del diritto romano la deductio sia divenuta una modalità generale per l'attuazione del diritto materiale alla compensazione, esclude che il bisogno di comprendere nella deductio crediti di diversa specie e non scaduti si sia potuto sentire fuori del fallimento (3). Siamo molto

(1) arg. Gai. IV, 69 « quia tamen *superius mentionem habuimus* de actione qua in peculium filiorum familias servorumque agitur ecc. ».

(2) Vedilo risolto in senso opposto da APPLETON, *Histoire de la compensation* p. 163 sgg., LEONHARD, *Die Aufrechnung* p. 63 sgg., LONGO, *Appendice* alla traduzione del GLÜCK, *Commentario alle Pandette* libro 16 tit. 2, p. 200 (negativamente); SCHEURL, *Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts* I, p. 163 sgg., DERNBURG, *Emtio bonorum* p. 147 n. 14, EISELE, *Die Compensation* p. 54 sgg. 118 sgg., *Zur Geschichte der Compensation* in *Zeitschr. f. Rechtsg.* 10 p. 467 sgg., HUSCHKE, *Iurispr. anteiustin.* 5ª ediz. p. 474 n. 1, KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.* II, p. 1395 (affermativamente).

(3) Cfr. EISELE, *Compensation* p. 54.

lontani, come si vede, dall'idea che la forma processuale della deductio possa servire a compensare un credito con una massa di beni d'ogni sorta, qual'è il peculio! Ed è naturale, dal momento che non solo gli scrittori sul tema della compensazione, ma in genere neppure i proceduristi e gli storici del diritto romano (1) hanno creduto di uscire per l'esame delle applicazioni della deductio dal campo della compensazione rigosamente intesa.

Invece, per capire come al nostro caso possa adattarsi una forma che altrove serve di mezzo alla compensazione dei crediti, fa d'uopo richiamare alla mente un istituto affine studiato dal Kretschmar (2). Il caso di cui ci occupiamo offre un esempio di quella specie di compensazione che consiste nel dover detrarre da un credito, o in generale da una pretesa, un aumento patrimoniale che si riceve a titolo diverso. Quest' obbligo, più che diritto, di compensare il credito con l'acquisto fatto differisce spiccatamente dalla compensazione propriamente detta, anche per ciò che esso non presuppone l'esistenza di crediti reciproci. È merito del Kretschmar di avere illustrato questa categoria di acquisti compensativi o satisfattorii, con riguardo specialmente ai casi del secum pensare o compensare, tra i quali in sostanza può essere compreso anche il nostro. All' osservazione già enunciata da alcuni scrittori (3), che l'importanza giuridica del concetto di compensazione non si limita esclusivamente alla « debiti et crediti inter se contributio », io stimo di poter soggiungere che questa compensazione in senso largo ha anche assunto

(1) Cfr. nondimeno IHERING, *Geist des röm. Rechts* III, 1 (4ª ed.) p. 81 sgg., il quale difende la possibilità di una rei vindicatio cum deductione.

(2) *Secum pensare* Giessen 1886.

(3) Cfr. DERNBURG *Geschichte und Theorie der Compensation* p. 11 SIBER, *Compensation und Aufrechnung* p. 64.

talvolta le forme stesse della compensazione stricto sensu (nel nostro caso condemnatio cum deductione, come pel bonorum emptor).

Concludendo, non è da meravigliare se nessuno finora ha portato l' attenzione sui nostri testi ; da un lato la formula cum deductione, ricordata da Gaio per la compensazione dei crediti coi debiti del decotto, ha fatto pensare che questa forma processuale potesse servire soltanto di mezzo alla compensazione tecnica, dall' altro era facile confondere la deduzione di cui parlano le ll. 27 § 6, 37 § 3 e 47 § 4 col diritto che ha il pater familias convenuto de peculio di dedurne i suoi crediti. Ma sarebbe sconfortante che il silenzio della letteratura dovesse diventare un' obbiezione contro il nostro studio, che si propone di mettere in luce la differenza tra la *deductio crediti ex peculio* (dipendente dal concetto stesso di peculio) e la *deductio peculii ex credito* (che non può essere consentita dal giudice senza un' espressa autorizzazione della formula).

Del resto saremo lieti se altri, con maggior competenza, saprà risolvere il problema, che noi siamo stati i primi ad affrontare. Abbiamo indicato una soluzione (1), che non ci

(1) Un'altra soluzione potrebbe essere suggerita da ciò che scrive il KRETSCHMAR *op. cit.* p. 116 sgg. Egli ritiene che di regola nei casi del « secum pensare » l'attore dovesse chiedere il residuo, cioè la somma rimanente dopo sottratto dall'ammontare del credito il valore dell'acquisto fatto (certo non si può pensare alla formula dell' argentarius « amplius quam A^s A_s N^o N^o debet », perchè il secum pensans non è debitore del convenuto). Ma per quanto la congettura del KRETSCHMAR sia verosimile nei casi da lui studiati, in cui si trattava di dedurre dalla somma dovuta un' altra somma determinata di denaro, altrettanto poco è probabile che si mettesse il creditore nella dura necessità di correre il rischio della plus petitio in un caso, come il nostro, in cui il compratore avrebbe potuto facilmente errare nella stima in denaro del proprio peculio. Ciò di-

pare inverosimile, poichè non fa che applicare una forma processuale nota ad un caso, in cui per essa è garantito pienamente il principio di diritto materiale (1). Ma se pure

ciamo per l' eventualità che l' azione nata dall' obbligazione dello schiavo abbia un' intentio certa. Che se invece avesse un'intentio incerta in *quidquid*, come si potrebbe far risultare che l'attore chiede solamente il saldo? Ed in ogni caso, mancando l'« amplius quam... debet », che si trova nella formula dell'argentarius, come si otterrà che il giudice controlli l'esattezza della stima fatta dall'attore del suo peculio?

(1) In questo caso noi supponiamo che alla formula normale dell'actio de peculio fosse aggiunta la clausola della deductio. Non è forse inutile osservare che anche in altri casi la condemnatio de peculio poteva ricevere un'adiectio. Se si contrattò con un figlio od un servo impubere, « ita dabitur in dominum vel patrem de peculio, si locupletius eorum peculium factum est » (l. 1 § 4 D. 15, 1; cfr. anche l. 4 § 1 D. 11, 5. MENGE *op. cit.* p. 30 nega che vi fosse qui la necessità di una clausola speciale). Contro l'erede la clausula doli « si quid dolo malo eius, in cuius potestate erit, factum erit quo minus peculii esset », riceve una limitazione « in id quod ad eum pervenit » (l. 30 § 6-7, l. 31 D. 15, 1).

Ometto l'actio de peculio « in id quod ad patrem vel dominum pervenit » per taluni delitti del figlio o servo (condictio furtiva, actio rerum amotarum), perchè si tratta d'un'invenzione bizantina: cfr. PAMPALONI, *Studi sopra il delitto di furto,* II, p. 65 sgg.

L'opinione dominante, prima che il LENEL, *Édit,* I, p. 329, II, p. 8 sgg, la combattesse, ammetteva un'altra clausola nella formula de peculio, ugualmente aggiunta alla condanna, « praeterea etiam si quid dolo malo N[i] N[i] captus fraudatusque A[s] A[s] est », per le azioni di buona fede. (In tutte? o solamente in quelle dirette a un restituere od exhibere? Cfr. per un' ottima esposizione delle rationes dubitandi MANDRY, *op. cit.* II, p. 407 sgg.; e le ll. 36 D. 15. 1, 5 pr. D. eod., 1 § 42 D. 16, 3, 3 § 5 D. 13, 6, 4 § 3 D. 2, 13). Ora il LENEL ha dimostrato che quella clausola si trovava soltanto nell'actio fiduciae (cum servo contractae), e che nelle altre azioni di buona fede lo stesso risultato, di rendere il dominus

il tema suggestivo ci avesse teso qualche insidia, non andrà perduto il frutto della presente indagine per l'interpretazione di alcuni passi relativi alla consumazione processuale nell'actio de peculio, poichè i ragionamenti che svolgeremo in altro luogo si fondano unicamente sulla norma di diritto sostanziale contenuta nelle ll. 27 § 6 e 47 § 4 D. 15.1, e prescindono affatto dalla forma processuale di cui avrà potuto rivestirsi.

responsabile del suo dolo non attinente al peculio, è dovuto all' interpretatio dei giureconsulti. Ci piace terminare il nostro articolo con questo ricordo, perchè esso mostra che la base di ogni costruzione è sempre la formula: senza la clausola ex fide bona, i giuristi romani non avrebbero potuto fare che il dominus fosse tenuto per il dolo da lui commesso relativamente all' adempimento dell'obbligazione contratta dallo schiavo.

